



# Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL  
ATHANASIOS RANTOS  
apresentadas em 7 de setembro de 2023<sup>1</sup>

**Processo C-371/22**

**G sp. z o.o.**  
**contra**  
**W S.A.**

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Sąd Okręgowy W Warszawie (Tribunal Regional de Varsóvia, Polónia)],

«Reenvio prejudicial — Mercado interno da eletricidade — Diretiva 2009/72/CE — Artigo 3.º, n.ºs 5 e 7 — Proteção dos consumidores — Direito do cliente, no respeito das condições contratuais, de poder de facto mudar facilmente de comercializador — Contrato de fornecimento de eletricidade de duração determinada e a preço fixo celebrado por uma pequena empresa — Penalização contratual pela rescisão antecipada do contrato — Montante da penalização correspondente ao preço da eletricidade não consumida até ao termo inicial do contrato — Legislação nacional que permite a rescisão “sem incorrer em outros custos e indemnizações para além dos que resultam do teor do contrato”»

## I. Introdução

1. A Diretiva 2009/72/CE<sup>2</sup>, que estabelece regras comuns para o mercado interno da eletricidade, prevê, no seu artigo 3.º, n.ºs 5 e 7, que, sempre que um cliente utilizador de eletricidade queira mudar de comercializador, no respeito das condições contratuais, este direito deve ser-lhe concedido sem discriminação em matéria de custos, esforço e tempo, e que esse cliente possa de facto mudar facilmente de comercializador.

2. É compatível com o direito do cliente de mudar de facto e facilmente de comercializador, na aceção do artigo 3.º, n.ºs 5 e 7, desta diretiva, uma penalização contratual aplicada a uma pequena empresa pelo seu comercializador anterior, devido à rescisão antecipada de um contrato de fornecimento de eletricidade celebrado por duração determinada e a preço fixo, com vista à mudança de comercializador, e cujo montante corresponde ao preço da eletricidade não consumida até ao termo inicial do contrato? Esta é, em substância, a questão submetida pelo Sąd Okręgowy W Warszawie (Tribunal Regional de Varsóvia, Polónia).

<sup>1</sup> Língua original: francês.

<sup>2</sup> Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de julho de 2009, que estabelece regras comuns para o mercado interno da eletricidade e que revoga a Diretiva 2003/54/CE (JO 2009, L 211, p. 55).

3. O pedido de decisão prejudicial foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a G sp. z o.o., uma empresa com menos de 50 trabalhadores (a seguir «sociedade G»), à W S.A., um comercializador de eletricidade (a seguir «comercializador W»), a respeito do pagamento de uma penalização contratual pela rescisão antecipada do contrato de fornecimento de eletricidade que vincula estas duas partes.

4. O presente processo levará o Tribunal de Justiça a pronunciar-se, pela primeira vez, sobre a interpretação do artigo 3.º, n.ºs 5 e 7, da Diretiva 2009/72. Para responder à questão submetida, há que ponderar, no âmbito do bom funcionamento do mercado interno da eletricidade, por um lado, o direito reconhecido ao cliente de poder de facto mudar facilmente de comercializador e, por outro, o direito de o comercializador anterior obter uma compensação pelo não consumo da eletricidade que o cliente se comprometeu a comprar-lhe ao abrigo de um contrato celebrado por duração determinada e a preço fixo.

## II. Quadro jurídico

### A. Direito da União

#### 1. Diretiva 2009/72/CE

5. Nos termos dos considerandos 1, 3, 42, 52 e 57 da Diretiva 2009/72:

«(1) O mercado interno da eletricidade, que tem sido progressivamente realizado na Comunidade desde 1999, visa proporcionar uma possibilidade real de escolha a todos os consumidores da União Europeia, sejam eles cidadãos ou empresas, criar novas oportunidades de negócio e intensificar o comércio transfronteiriço, de modo a assegurar ganhos de eficiência, preços competitivos e padrões de serviço mais elevados e a contribuir para a segurança do fornecimento e a sustentabilidade.

[...]

(3) As liberdades que o Tratado garante aos cidadãos da União, nomeadamente a liberdade de circulação de mercadorias, a liberdade de estabelecimento e a liberdade de prestação de serviços, pressupõem um mercado plenamente aberto que permita a todos os consumidores a livre escolha de comercializadores e a todos os comercializadores o livre fornecimento dos seus clientes.

[...]

(42) Todos os setores da indústria e do comércio da Comunidade, incluindo as pequenas e médias empresas, e todos os cidadãos da União que beneficiam das vantagens económicas do mercado interno deverão também poder usufruir de elevados padrões de proteção dos consumidores e, em particular, os clientes domésticos e, sempre que os Estados-Membros considerem adequado, as pequenas empresas deverão igualmente poder beneficiar das garantias do serviço público [...]. Esses clientes deverão ter acesso a várias opções, à justiça, a representação e a mecanismos de resolução de litígios.

[...]

(52) Os consumidores deverão dispor de informações claras e compreensíveis sobre os seus direitos no setor da energia. [...]

[...]

(57) A promoção da concorrência leal e a facilitação do acesso aos diferentes comercializadores, bem como a promoção da capacidade para a nova produção de eletricidade, são aspetos que deverão revestir-se da máxima importância para os Estados-Membros, por forma a permitir aos consumidores o pleno benefício decorrente do mercado interno da eletricidade liberalizado.»

6. O artigo 1.º desta diretiva, sob a epígrafe «Objeto e âmbito de aplicação», enuncia:

«A presente diretiva estabelece regras comuns para a produção, transporte, distribuição e comercialização de eletricidade, bem como regras para a proteção dos consumidores, a fim de melhorar e integrar mercados da energia competitivos na Comunidade. Define as normas relativas à organização e ao funcionamento do setor da eletricidade e ao acesso aberto ao mercado, bem como os critérios e procedimentos aplicáveis aos concursos, à concessão de autorizações e à exploração das redes. Define ainda as obrigações de serviço universal e os direitos dos consumidores de eletricidade e clarifica as obrigações em matéria de concorrência.»

7. O artigo 2.º da referida diretiva, sob a epígrafe «Definições», prevê, nos seus n.ºs 7, 9 a 12 e 19:

«Para efeitos da presente diretiva, entende-se por:

[...]

7. “Cliente”, o cliente grossista ou o cliente final de eletricidade;

[...]

9. “Cliente final”, o cliente que compra eletricidade para consumo próprio;

10. “Cliente doméstico”, o cliente que compra eletricidade para consumo doméstico próprio, excluindo atividades comerciais ou profissionais;

11. “Cliente não doméstico”, a pessoa singular ou coletiva que compra eletricidade não destinada ao consumo doméstico próprio, incluindo produtores e clientes grossistas;

12. “Cliente elegível”, o cliente que pode comprar eletricidade ao comercializador da sua escolha na aceção do artigo 33.º;

[...]

19. “Comercialização”, a venda e a revenda de eletricidade a clientes».

8. O artigo 3.º da mesma diretiva, sob a epígrafe «Obrigações de serviço público e proteção dos consumidores», dispõe, nos seus n.ºs 3 a 5 e 7:

«3. Os Estados-Membros devem garantir que todos os clientes domésticos e, nos casos em que o considerem adequado, as pequenas empresas (a saber, empresas com menos de 50 trabalhadores e um volume de negócios ou um balanço anual não superior a 10 000 000 EUR), beneficiem de um serviço universal, ou seja, do direito a serem abastecidos, a preços razoáveis, fácil e claramente comparáveis, transparentes e não discriminatórios, de eletricidade de uma qualidade específica no seu território. [...]

4. Os Estados-Membros devem garantir que todos os clientes tenham direito ao fornecimento de eletricidade por um comercializador, com o consentimento deste, independentemente do Estado-Membro em que está registado, e desde que este cumpra as regras de comércio e de compensação aplicáveis. [...]

5. Os Estados-Membros asseguram que:

a) Se um cliente, no respeito das condições contratuais, quiser mudar de comercializador, essa mudança seja efetuada pelo(s) operador(es) em causa no prazo de três semanas [...]

[...]

Os Estados-Membros devem assegurar que os direitos referidos nas alíneas a) e b) sejam concedidos a todos os clientes sem discriminação em matéria de custos, esforço e tempo.

[...]

7. Os Estados-Membros devem aprovar medidas adequadas para proteger os clientes finais e devem, em especial, garantir a existência de salvaguardas adequadas para proteger os clientes vulneráveis. Neste contexto, cada Estado-Membro define o conceito de clientes vulneráveis, que poderá referir-se à pobreza energética e, entre outros, à proibição do corte da ligação desses clientes em momentos críticos. Os Estados-Membros devem garantir o respeito dos direitos e obrigações relacionados com os clientes vulneráveis. Mais concretamente, devem aprovar medidas para proteger os clientes finais de zonas afastadas. Os Estados-Membros devem garantir níveis elevados de proteção dos consumidores, especialmente no que respeita à transparência dos termos e condições contratuais, às informações gerais e aos mecanismos de resolução de litígios. Devem ainda assegurar que os clientes elegíveis possam de facto mudar facilmente de comercializador. Pelo menos no que respeita aos clientes domésticos, essas medidas devem incluir as previstas no anexo I.»

9. O artigo 33.º, n.º 1 da Diretiva 2009/72, sob a epígrafe «Abertura dos mercados e reciprocidade», tem a seguinte redação:

«Os Estados-Membros devem garantir que os clientes elegíveis incluam:

[...]

c) A partir de 1 de julho de 2007, todos os clientes.»

10. O anexo I desta diretiva, intitulado «Medidas de proteção dos consumidores», enuncia, no seu ponto 1:

«Sem prejuízo das regras comunitárias em matéria de proteção dos consumidores, em especial da Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 1997, relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos à distância <sup>[3]</sup> e da Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores <sup>[4]</sup>, as medidas a que se refere o artigo 3.º destinam-se a garantir que os clientes:

a) Tenham direito a um contrato com o seu comercializador de serviços de eletricidade que especifique:

[...]

– a duração do contrato, as condições de renovação e interrupção dos serviços e do contrato e se existe a possibilidade de resolução do contrato sem encargos;

[...]

As condições devem ser equitativas e previamente conhecidas. Essas informações devem, em qualquer caso, ser prestadas antes da celebração ou confirmação do contrato. [...]

[...]

e) Não tenham de efetuar qualquer pagamento por mudarem de comercializador;

[...]»

11. A Diretiva 2009/72 foi revogada e substituída, com efeitos a partir de 1 de janeiro de 2021, pela Diretiva (UE) 2019/944<sup>5</sup>, nos termos do artigo 72.º, primeiro parágrafo, desta última.

## 2. Diretiva 2019/944

12. O artigo 2.º da Diretiva 2019/944, sob a epígrafe «Definições», enuncia, nos seus pontos 16 a 18:

«Para efeitos da presente diretiva, entende-se por:

[...]

16) “Comissão de rescisão de contrato”, uma taxa ou uma penalização aplicada aos clientes pelos comercializadores ou participantes no mercado envolvidos na agregação, decorrentes da rescisão de um contrato de fornecimento ou de prestação de serviços de eletricidade;

<sup>3</sup> JO 1997, L 144, p. 19.

<sup>4</sup> JO 1993, L 95, p. 29.

<sup>5</sup> Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 5 de junho de 2019, relativa a regras comuns para o mercado interno da eletricidade e que altera a Diretiva 2012/27/UE (JO 2019, L 158, p. 125).

- 17) “Comissão relacionada com a mudança de comercializador”, uma penalização ou encargo decorrentes da mudança de comercializador ou de participantes no mercado envolvidos na agregação, incluindo as comissões de rescisão de contrato, aplicadas direta ou indiretamente aos clientes pelos comercializadores ou pelos participantes no mercado envolvidos na agregação ou pelos operadores da rede;
- 18) “Agregação”, uma função desempenhada por uma pessoa singular ou coletiva que combina as cargas ou a eletricidade produzida de múltiplos clientes para compra, venda ou leilão num mercado de eletricidade».

13. O artigo 12.º desta diretiva, sob a epígrafe «Direito à mudança e regras aplicáveis às comissões relacionadas com a mudança», prevê, nos seus n.ºs 2 e 3:

«2. Os Estados-Membros devem garantir que não são cobradas, pelo menos aos clientes domésticos e às pequenas empresas, quaisquer comissões relacionadas com a mudança.

3. Em derrogação do n.º 2, os Estados-Membros podem autorizar os comercializadores ou participantes no mercado envolvidos na agregação a cobrar aos clientes comissões de rescisão de contrato caso esses clientes pretendam voluntariamente rescindir seus contratos de fornecimento de eletricidade a prazo fixo e a preços fixos antes da sua data de vencimento, desde que essas comissões façam parte de um contrato celebrado voluntariamente pelo cliente e que essas comissões sejam comunicadas claramente ao cliente antes da celebração do contrato. Essas comissões devem ser proporcionadas e não podem exceder as perdas económicas diretas para o comercializador ou para o participante no mercado envolvido na agregação resultantes da rescisão do contrato [pelo] cliente, incluindo os custos de quaisquer investimentos ou serviços agrupados que já tenham sido prestados ao cliente como parte do contrato. O ónus da prova relativamente às perdas económicas diretas deve recair sobre o comercializador ou participante no mercado envolvido na agregação e a admissibilidade das comissões de rescisão de contrato deve ser monitorizada pela entidade reguladora ou por outra autoridade nacional competente.»

### **B. Direito polaco:**

14. A ustawa — Prawo energetyczne (Lei da Energia), de 10 de abril de 1997<sup>6</sup>, na versão aplicável ao litígio no processo principal (a seguir «Lei da Energia»), dispõe, no seu artigo 4j, n.º 3a:

«O cliente final pode rescindir um contrato celebrado por duração determinada e ao abrigo do qual uma empresa de energia lhe fornece combustíveis gasosos ou energia, sem incorrer em outros custos e indemnizações além dos que resultam do teor do contrato, mediante o envio de uma declaração escrita à empresa de energia.»

15. A ustawa — Kodeks cywilny (Lei que aprova o Código Civil), de 23 de abril de 1964<sup>7</sup>, na versão aplicável no processo principal (a seguir «Código Civil»), prevê, no seu artigo 483.º, § 1:

«O contrato pode estipular que a reparação do dano resultante do incumprimento ou do cumprimento defeituoso de uma obrigação não pecuniária será efetuada mediante o pagamento de uma determinada quantia (penalização contratual).»

<sup>6</sup> Dz. U. de 1997, n.º 54, posição 348.

<sup>7</sup> Dz. U. de 1964, n.º 16, posição 93.

16. O artigo 484.º do Código Civil dispõe:

«§1. Em caso de incumprimento ou de cumprimento defeituoso de uma obrigação, a penalização contratual é devida ao credor e corresponde ao montante previsto para o efeito, independentemente da dimensão do prejuízo sofrido. Um pedido de indemnização que exceda o montante da penalização prevista é inadmissível, salvo acordo das partes em contrário.

§2. Se uma parte substancial da obrigação tiver sido cumprida, o devedor pode pedir uma redução da penalização contratual; o mesmo se aplica quando a penalização contratual for manifestamente excessiva.»

### III. Litígio no processo principal, questões prejudiciais e tramitação do processo no Tribunal de Justiça

17. Em 1 de janeiro de 2010, a sociedade G, uma pequena empresa de direito polaco com menos de 50 trabalhadores<sup>8</sup>, celebrou um contrato geral de duração determinada e a preço fixo com o comercializador W, ao abrigo do qual este se comprometeu a fornecer eletricidade a uma exploração de agroturismo situada em K. (Polónia) (a seguir «contrato em causa»).

18. Em 23 de fevereiro de 2015, a sociedade G e o comercializador W celebraram um acordo pelo qual esta sociedade se comprometeu a prosseguir o contrato em causa até, pelo menos, 31 de dezembro de 2016. No âmbito deste acordo, as partes estipularam o direito de rescindirem o contrato em causa mediante aviso prévio de seis meses a contar da data da notificação da rescisão com efeitos no termo do ano civil e que, em caso de rescisão antecipada desse contrato pela sociedade G, o comercializador W poderia exigir o pagamento de uma quantia correspondente ao preço da eletricidade não consumida até ao termo inicial do contrato (a seguir «penalização contratual»)<sup>9</sup>.

19. Em 30 de janeiro de 2015, a sociedade G celebrou com a Z S.A., outro comercializador de eletricidade, um contrato de fornecimento para a mesma exploração de agroturismo. Em 25 de fevereiro de 2015, esse outro comercializador, com base no mandato conferido pela sociedade G, informou o comercializador W da celebração do novo contrato e, caso não aceitasse esta nova situação, notificou-o da rescisão do contrato em causa.

20. Em 9 de março de 2016, o comercializador W enviou à sociedade G uma nota de débito no montante de 63 959,70 zlóti polacos (PLN) (cerca de 15 372 euros à data do pedido)<sup>10</sup>, a título de penalização contratual, devendo o pagamento ser efetuado até 23 de março de 2016. Perante a falta de pagamento pela sociedade G na referida data, o comercializador W intentou, em 21 de novembro de 2016, uma ação no Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy W Warszawie

<sup>8</sup> Nos termos do artigo 3.º, n.º 3, da Diretiva 2009/72, uma «pequena empresa», na aceção desta diretiva, é uma empresa com menos de 50 trabalhadores e um volume de negócios ou um balanço anual não superior a 10 000 000 euros.

<sup>9</sup> Decorre da decisão de reenvio que, segundo o artigo 4.º, n.º 4, do referido acordo: «[e]m caso de rescisão dos contratos referidos no artigo 1.º antes do termo do período para o qual o presente contrato foi celebrado, [o comercializador W] pode exigir ao cliente o pagamento de uma quantia correspondente à diferença entre o valor da eletricidade declarado pelo cliente no n.º 1, calculado de acordo com a tarifa fixada no artigo 2.º, e o valor da eletricidade consumida por este até à rescisão do contrato, calculado de acordo com o preço fixado no artigo 2.º, tendo esta diferença um valor positivo». Além disso, neste acordo, a sociedade G declarou comprar ao comercializador W uma quantidade de eletricidade específica.

<sup>10</sup> Decorre da decisão de reenvio que o contrato em causa fixou em 261,06 PLN/megawatts hora (MWh) (cerca de 61,24 euros à data do pedido) o preço da eletricidade para o período compreendido entre 1 de março de 2015 e 31 de dezembro de 2016 e que a sociedade G devia comprar ao comercializador W 245 MWh nesse período, o que perfazia o montante total de 63 959,70 PLN (cerca de 15 372 euros à data do pedido), montante correspondente à penalização contratual reclamada.

(Tribunal de Primeira Instância da cidade de Varsóvia, Polónia) pedindo, a título de penalização contratual, a condenação da sociedade no pagamento da quantia acima referida, acrescida dos juros legais calculados a contar de 24 de março de 2016 até à data do pagamento.

21. Por Sentença de 7 de fevereiro de 2020, esse órgão jurisdicional julgou a ação procedente. Entendeu, nomeadamente, que, na sequência da mudança de comercializador de eletricidade efetuada pela sociedade G, o contrato em causa tinha sido rescindido de forma antecipada, o que autorizava o comercializador W a exigir o pagamento da penalização contratual, na aceção do artigo 483.º, § 1, do Código Civil. A este respeito, o referido órgão jurisdicional considerou que, nos termos do artigo 484.º, § 1, desse código, o pedido de penalização contratual apresentado por esse comercializador não estava sujeito à prova da existência de um dano e que a penalização tinha sido prevista no contrato em causa em caso de uma mudança de comercializador, correspondendo o seu montante às estipulações desse contrato.

22. A sociedade G interpôs recurso desta sentença para o Sąd Okręgowy W Warszawie (Tribunal Regional de Varsóvia), o órgão jurisdicional de reenvio, alegando, nomeadamente, que, em conformidade com o artigo 3.º, n.º 5, da Diretiva 2009/72, a penalização contratual não lhe devia ter sido aplicada. Esta sociedade sustentou igualmente que o comercializador W não tinha sofrido nenhum prejuízo real, tendo apenas perdido a vantagem que poderia ter obtido, correspondente ao volume de eletricidade que tinha declarado comprar. Por seu turno, esse comercializador alegou que, em aplicação do artigo 484.º, § 1, do Código Civil, o montante da penalização contratual é independente do montante do prejuízo sofrido.

23. O órgão jurisdicional de reenvio salienta, em primeiro lugar, que, nos termos do artigo 4j, n.º 3a, da Lei da Energia, o cliente final pode rescindir um contrato de fornecimento de energia de duração determinada, sem incorrer em outros custos e indemnizações além dos que resultam do teor do contrato. Esta lei não estabelece nenhum critério para o cálculo desses custos e indemnizações, na medida em que não faz referência à proporcionalidade dos mesmos nem exclui a possibilidade de pedir uma indemnização fixa. No âmbito da respetiva liberdade contratual, as partes podem estipular os custos e indemnizações decorrentes da rescisão antecipada de um contrato de fornecimento de eletricidade, incluindo a imposição de uma penalização contratual. Esta penalização, na aceção do Código Civil, é devida ao credor no montante previsto para o efeito, independentemente da importância do prejuízo sofrido, e não pode ser reduzida oficiosamente por um tribunal nacional, cabendo à parte que apresenta o pedido o ónus da prova e a demonstração de que o seu montante é excessivo. No que respeita às pequenas empresas, uma vez que o artigo 4j, n.º 3a, da Lei da Energia não faz referência à proteção dos consumidores, o carácter abusivo de uma penalização contratual não pode ser examinado. Além disso, esta lei não prevê a possibilidade de uma redução oficiosa da penalização contratual para os clientes profissionais.

24. Esse órgão jurisdicional questiona se a legislação nacional é conforme com o direito da União, uma vez que, nos termos do artigo 3.º, n.º 5, da Diretiva 2009/72, os Estados-Membros devem assegurar que o direito de mudar de comercializador de eletricidade seja concedido a todos os clientes sem discriminação em matéria de custos, esforço e tempo. Por outro lado, embora o n.º 7 deste artigo preveja que o cliente elegível deve poder de facto mudar facilmente de comercializador e indique, assim, a necessidade de manter uma proporcionalidade adequada relativamente aos custos, esta disposição não menciona nem penalizações nem indemnizações. Se for, de facto, imposta ao consumidor uma desvantagem financeira, a sua importância não deve constituir um meio de discriminação em relação aos outros comercializadores de eletricidade, que leve a que o cliente não tenha a possibilidade efetiva de mudar de comercializador.

25. O referido órgão jurisdicional acrescenta que, embora a Diretiva 2009/72 seja aplicável *ratione temporis* ao litígio no processo principal, a Diretiva 2019/944, que a substituiu, forneceu precisões quanto ao direito de mudar livremente de comercializador de eletricidade que são pertinentes para a interpretação da Primeira Diretiva. A este respeito, o mesmo órgão jurisdicional faz referência ao artigo 4.º e ao artigo 12.º, n.º 3, da Diretiva 2019/944, disposições nos termos das quais, se forem cobradas a uma pequena empresa comissões devido à mudança de comercializador de eletricidade, essas comissões devem ser proporcionadas e não podem exceder as perdas económicas diretas para o comercializador ou para o participante no mercado envolvido na agregação resultantes da rescisão do contrato pelo cliente.

26. O mesmo órgão jurisdicional deduz daí que a possibilidade prevista pela legislação nacional de aplicar uma penalização contratual, independentemente da importância do prejuízo sofrido, sem critérios claros e precisos para o cálculo da penalização, poderia reduzir a nada o objetivo de proteção previsto no artigo 3.º, n.ºs 5 e 7, da Diretiva 2009/72 e no artigo 12.º, n.º 3, da Diretiva 2019/944, ao restringir, de facto, a liberdade do cliente de rescindir o seu contrato de fornecimento de eletricidade.

27. O órgão jurisdicional de reenvio examina, em segundo lugar, a possibilidade de um comercializador de eletricidade impor a um cliente, por via contratual, comissões pela rescisão do contrato antes do seu vencimento, quando essas comissões correspondem, de facto, aos custos da eletricidade não consumida até ao termo inicial do contrato, tendo em conta o objetivo visado pela Diretiva 2009/72 de poder mudar facilmente de comercializador de forma não discriminatória e a necessidade de respeitar o princípio da proporcionalidade. A este respeito, esse órgão jurisdicional considera que a Diretiva 2019/944 fornece, no seu artigo 12.º, n.º 3, indicações úteis quanto à interpretação do artigo 3.º, n.ºs 5 e 7, da Diretiva 2009/72, ao não excluir a possibilidade de impor comissões, que devem, no entanto, ser proporcionadas. Neste contexto, o referido órgão jurisdicional questiona a legalidade de disposições contratuais que estipulam que as comissões ligadas à rescisão antecipada de um contrato de duração determinada correspondem a uma dívida equivalente à quantidade de eletricidade não consumida, que o cliente poderia ter potencialmente utilizado durante o período restante do contrato, e na possibilidade de calcular essas comissões com base numa cláusula do tipo «*take or pay*». O mesmo órgão jurisdicional questiona se esse mecanismo não tem, em substância, por efeito obstar a uma mudança efetiva de comercializador de eletricidade. Se o montante da penalização contratual corresponder ao custo da eletricidade não consumida até ao termo inicial do contrato, a rescisão antecipada deste último tem para o cliente uma consequência comparável à da prossecução da relação contratual com o comercializador. Nessa situação, um cliente que queira rescindir o contrato escolhe, porém, provavelmente, manter a relação contratual que considera desfavorável e o comercializador tem, por seu lado, a garantia de obter, de qualquer modo, uma vantagem financeira durante toda a duração do contrato. Esta penalização equivale a fazer recair sobre o cliente todo o risco financeiro da rescisão do contrato e é assim manifestamente excessiva.

28. O órgão jurisdicional de reenvio salienta que, ao mesmo tempo, o comercializador de eletricidade, quando ganha um cliente, incorre em diversas despesas, como a compra de eletricidade. Coloca-se a questão de saber como calcular a perda económica direta de um comercializador de eletricidade em caso de rescisão antecipada do contrato por um cliente, a saber, se há que ter em conta o preço da eletricidade utilizada ou também o preço da prestação do serviço de transporte ou de distribuição da mesma. A este respeito, para evitar a alegação de uma aplicação discricionária e arbitrária, procedendo a uma justa repartição do ónus da prova, e a fim de assegurar a conformidade da legislação nacional com a Diretiva 2009/72, há que

examinar se o modo de cálculo das despesas relacionadas com a rutura antecipada de um contrato de fornecimento de eletricidade celebrado por duração determinada e a preço fixo não deve ser especificamente previsto nas disposições da Lei da Energia.

29. Nestas circunstâncias, o Sąd Okręgowy W Warszawie (Tribunal Regional de Varsóvia) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

- «1) Deve o artigo 3.º, n.ºs 5 e 7, da Diretiva [2009/72], que exige que o exercício dos direitos de um cliente de energia (uma pequena empresa) em caso de mudança de comercializador de energia ocorra em cumprimento da regra que garante que os clientes elegíveis possam de facto mudar facilmente de comercializador e que essa mudança deve ocorrer sem discriminação em matéria de custos, esforço e tempo, ser interpretado no sentido de que se opõe à possibilidade de impor uma penalização contratual a um cliente de energia pela rescisão de um contrato de fornecimento de energia celebrado por um período fixo, caso esse cliente deseje mudar de comercializador de energia, independentemente do montante dos prejuízos sofridos [artigo 483.º, § 1, e artigo 484.º, § 1 e 2, do Código Civil] e sem especificar na Lei da Energia [artigo 4j, n.º 3a] critérios para o cálculo dessas comissões nem para a sua moderação?
- 2) Deve o artigo 3.º, n.ºs 5 e 7, da Diretiva [2009/72], que exige que o exercício dos direitos de um cliente de energia (uma pequena empresa) em caso de mudança de comercializador de energia ocorra sem discriminação em matéria de custos, esforço e tempo e em cumprimento da regra que garante que os clientes elegíveis possam de facto mudar facilmente de comercializador, ser interpretado no sentido de que se opõe a uma interpretação das cláusulas do contrato que, em caso de rescisão antecipada do contrato de fornecimento de energia celebrado por um período fixo com o comercializador, permite cobrar aos clientes (pequenas empresas) comissões que correspondem de facto aos custos do preço da energia não consumida até ao final da vigência [inicial] do contrato de acordo com a regra “*take or pay*”?»

30. Foram apresentadas observações escritas ao Tribunal de Justiça pelos Governos polaco e grego e pela Comissão Europeia.

#### IV. Análise

31. Com as suas duas questões prejudiciais, que importa examinar em conjunto, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 3.º n.ºs 5 e 7, da Diretiva 2009/72 deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação nacional por força da qual uma pequena empresa pode ser obrigada a pagar uma penalização contratual ao rescindir de forma antecipada um contrato de fornecimento de eletricidade celebrado por duração determinada e a preço fixo com vista à mudança de comercializador, quando essa legislação prevê que essa penalização contratual é devida independentemente da importância do prejuízo sofrido pelo comercializador anterior e apesar de a referida legislação não estabelecer critérios para o cálculo ou a redução da penalização e permitir que o montante da mesma penalização corresponda ao preço da eletricidade não consumida até ao termo inicial do contrato.

32. No caso vertente, decorre da decisão de reenvio que a sociedade G é uma pequena empresa que celebrou o contrato em causa para efeitos de fornecimento de eletricidade a uma exploração de agroturismo. Em 9 de março de 2016, o comercializador W pediu à sociedade G, em aplicação

das cláusulas desse contrato, o pagamento de uma penalização contratual pela rescisão antecipada do referido contrato com vista à mudança de comercializador, num montante correspondente ao preço da eletricidade não consumida que esta sociedade se tinha comprometido a comprar-lhe até ao termo do mesmo contrato. Como salienta o órgão jurisdicional de reenvio, a legislação nacional permite a rescisão de um contrato de duração determinada sem incorrer em outros custos e indemnizações além dos que resultam do teor do contrato, sem, no entanto, precisar os critérios a ter em conta para o respetivo cálculo, nem prever a possibilidade de uma redução oficiosa da penalização, exceto a pedido da parte interessada que tem o ónus de provar o caráter excessivo dessa penalidade. Além disso, em conformidade com a legislação nacional, o montante da penalização contratual não depende do montante do prejuízo sofrido. Esse órgão jurisdicional pretende saber se tal legislação é conforme com o artigo 3.º da Diretiva 2009/72, que determina, nomeadamente, as obrigações dos Estados-Membros no que respeita à proteção dos consumidores<sup>11</sup>, em especial com os n.ºs 5 e 7 deste artigo, que ainda não foram objeto de interpretação pelo Tribunal de Justiça.

33. A título preliminar, há que recordar que, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, a interpretação de uma disposição do direito da União exige que se tenha em conta não só os seus termos mas também o contexto em que se insere e os objetivos e a finalidade prosseguidos pelo ato de que faz parte<sup>12</sup>.

34. Neste contexto, em primeiro lugar, no que respeita à *redação* das disposições referidas, o artigo 3.º, n.º 5, alínea a), da Diretiva 2009/72 dispõe que os Estados-Membros asseguram que, se um cliente, «no respeito das condições contratuais», quiser mudar de comercializador, essa mudança seja efetuada pelo(s) operador(es) em causa no prazo de três semanas<sup>13</sup> e que este direito seja concedido a todos os clientes sem discriminação em matéria de custos, esforço e tempo. Por outro lado, o n.º 7 deste artigo, além de se referir, à primeira vista, principal e especificamente aos «clientes vulneráveis», prevê, mais geralmente, que os Estados-Membros devem garantir níveis elevados de proteção dos consumidores, especialmente no que respeita à transparência dos termos e condições contratuais, e devem ainda assegurar que os «clientes elegíveis» possam «de facto mudar facilmente de comercializador». Este n.º 7 dispõe igualmente que, «pelo menos no que respeita aos clientes domésticos», essas medidas devem incluir as previstas no anexo I desta diretiva.

35. Nos termos do artigo 2.º, n.º 12, da Diretiva 2009/72, entende-se por «cliente elegível» o cliente que pode comprar eletricidade ao comercializador da sua escolha na aceção do artigo 33.º desta diretiva. Em conformidade com a alínea c) do n.º 1 deste último artigo, desde 1 de julho de 2007, o conceito de «clientes elegíveis» inclui «todos os clientes». Por conseguinte, os Estados-Membros são obrigados a garantir à totalidade dos clientes, incluindo a uma pequena empresa, independentemente da sua vulnerabilidade, a possibilidade de poder de facto mudar facilmente de comercializador de eletricidade.

36. Decorre assim dos termos do artigo 3.º, n.ºs 5 e 7, da Diretiva 2009/72 que o cliente de um comercializador de eletricidade deve ser protegido quando pretende mudar de comercializador. Ao mesmo tempo, embora estas disposições não mencionem expressamente a possibilidade de o

<sup>11</sup> V. Acórdão de 23 de janeiro de 2020, Energiavirasto (C-578/18, EU:C:2020:35, n.º 23).

<sup>12</sup> V., nomeadamente, Acórdão de 22 de junho de 2023, Pankki S (C-579/21, EU:C:2023:501, n.º 38 e jurisprudência referida).

<sup>13</sup> Como salientou a Comissão nas suas observações escritas, decorre da decisão de reenvio que o contrato em causa previa um prazo de rescisão não de três semanas, mas de seis meses a contar da data da notificação da rescisão com efeitos no termo do ano civil. No entanto, uma vez que as questões submetidas no presente processo não dizem respeito ao prazo de rescisão, não aprofundarei esta matéria.

comercializador anterior pedir o pagamento de uma penalização contratual pela rescisão antecipada do contrato nem, *a fortiori*, indiquem critérios a ter em conta para o cálculo do montante da penalização, a alínea a) do n.º 5 deste artigo dispõe que as condições contratuais devem ser respeitadas.

37. Por conseguinte, considero que a redação do artigo 3.º, n.ºs 5 e 7, da Diretiva 2009/72 não permite, em princípio, excluir que um contrato de fornecimento de eletricidade preveja a aplicação de uma penalização contratual a um cliente em caso de rescisão antecipada de um contrato celebrado por duração determinada e a preço fixo quando o cliente quiser mudar de comercializador. No entanto, em conformidade com estas disposições, o montante da penalização não deve privar o referido cliente da possibilidade de mudar de facto e facilmente de comercializador.

38. Em segundo lugar, no que respeita ao *contexto* em que se insere o artigo 3.º, n.ºs 5 e 7, da Diretiva 2009/72, importa observar, primeiramente, que este artigo remete, no seu n.º 7, último período, para as medidas de proteção dos consumidores enumeradas no anexo I desta diretiva, que os Estados-Membros devem adotar «pelo menos» no que respeita aos clientes domésticos. Este anexo prevê, nomeadamente, no seu ponto 1, alínea a), que os clientes têm direito a um contrato com o seu comercializador de serviços de eletricidade que especifique se existe a possibilidade de resolução do contrato sem encargos. Além disso, nos termos desta disposição, as condições devem ser equitativas e previamente conhecidas e essas informações devem, em qualquer caso, ser prestadas antes da celebração ou confirmação do contrato. O ponto 1, alínea e), do referido anexo precisa que os clientes não têm de efetuar qualquer pagamento por mudarem de comercializador. Decorre assim destas disposições que, «pelo menos no que respeita aos clientes domésticos», estes não devem suportar nenhuma comissão quando mudam de comercializador de eletricidade, incluindo quando o contrato de fornecimento é de duração determinada e a preço fixo.

39. No caso em apreço, não é contestado que a sociedade G está abrangida pelos conceitos de «cliente», «cliente final» e «cliente elegível», conforme definidos, respetivamente, no artigo 2.º, n.ºs 7, 9 e 12, da Diretiva 2009/72, mas também pelo conceito de «cliente não doméstico», na aceção do n.º 11 deste artigo, que designa a pessoa singular ou coletiva que compra eletricidade não destinada ao consumo doméstico próprio. Com efeito, decorre da decisão de reenvio que a sociedade G, que celebrou o contrato em causa para efeitos de fornecimento a uma exploração de agroturismo, atuou no âmbito de uma atividade profissional<sup>14</sup>.

40. Ao mesmo tempo, esta sociedade não está abrangida pelo conceito de «cliente doméstico», na aceção do artigo 2.º, n.º 10, da Diretiva 2009/72, definido como o cliente que compra eletricidade para consumo doméstico próprio. Além disso, não resulta da decisão de reenvio que a República da Polónia tenha pretendido alargar o âmbito de aplicação do anexo I desta diretiva aos «clientes não domésticos». Por conseguinte, não se afigura que as disposições previstas no ponto 1, alíneas a) e e), deste anexo se apliquem a um cliente não doméstico como a sociedade G. Daqui decorre que, *a contrario*, para tal cliente, a referida diretiva não exclui que um contrato de

<sup>14</sup> Nas suas observações escritas, a Comissão sustenta que seria oportuno fazer referência às disposições relativas às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, designadamente as previstas pela Diretiva 93/13. A este respeito, saliento que, como enuncia o décimo considerando desta diretiva, as regras uniformes relativas às cláusulas abusivas previstas pela referida diretiva devem aplicar-se a «todos os contratos» celebrados entre um «profissional» e um «consumidor», tal como definidos no artigo 2.º, alíneas b) e c), da mesma diretiva. Em conformidade com o referido artigo 2.º, alínea b), considera-se «consumidor» qualquer pessoa singular que, nos contratos abrangidos por esta diretiva, atue com fins que não pertençam ao âmbito da sua atividade profissional (v., nomeadamente, Acórdão de 9 de julho de 2020, Raiffeisen Bank e BRD Groupe Société Générale, C-698/18 e C-699/18, EU:C:2020:537, n.ºs 69 e 70 e jurisprudência referida). Ora, no caso em apreço, uma vez que a sociedade G atuou no âmbito da sua atividade profissional, não há, a meu ver, que fazer referência à Diretiva 93/13 no presente processo.

fornecimento de eletricidade celebrado por duração determinada e a preço fixo possa prever a existência de uma penalização contratual em caso de rescisão antecipada desse contrato com vista à mudança de comercializador.

41. Segundamente, o considerando 42 da Diretiva 2009/72 enuncia que todos os setores da indústria e do comércio da Comunidade, incluindo as pequenas e médias empresas, «deverão também poder usufruir de elevados padrões de proteção dos consumidores» e, em particular, os clientes domésticos e que, sempre que os Estados-Membros considerem adequado, as pequenas empresas deverão igualmente poder beneficiar das garantias do serviço público. Assim, o uso do verbo «dever», no condicional, demonstra a vontade do legislador da União de deixar uma margem de apreciação aos Estados-Membros, conferindo-lhes uma simples faculdade, e não a obrigação, de conceder às pequenas empresas o usufruto de elevados padrões de proteção dos consumidores. Mais uma vez, sem prejuízo de verificação por parte do órgão jurisdicional de reenvio, não decorre da decisão de reenvio que esta faculdade tenha sido exercida pela República da Polónia no que respeita às pequenas empresas. Nessa situação, considero que esta diretiva não se opõe a que uma penalização contratual seja aplicada a uma pequena empresa em caso de rescisão antecipada do seu contrato de fornecimento de eletricidade celebrado por duração determinada e a preço fixo, com vista à mudança de comercializador.

42. Além disso, importa salientar que a Diretiva 2019/944, que revogou e substituiu a Diretiva 2009/72, com efeitos a partir de 1 de janeiro de 2021, dispõe expressamente, no seu artigo 12.º, n.º 2, que os Estados-Membros devem garantir que não são cobradas, «pelo menos aos clientes domésticos e às *pequenas empresas*»<sup>15</sup>, quaisquer «comissões relacionadas com a mudança», enquanto prevê, no n.º 3 deste artigo, que, em derrogação, os Estados-Membros podem autorizar os comercializadores ou participantes no mercado envolvidos na agregação a cobrar aos clientes comissões de rescisão de contrato caso esses clientes pretendam voluntariamente rescindir seus contratos de fornecimento de eletricidade *a prazo fixo e a preços fixos antes da sua data de vencimento*, desde que essas comissões façam parte de um contrato celebrado voluntariamente pelo cliente e que essas comissões sejam comunicadas claramente ao cliente antes da celebração do contrato.

43. A este respeito, por um lado, o artigo 2.º, n.º 16, da Diretiva 2019/944 define a «comissão de rescisão de contrato» como uma taxa ou uma penalização aplicada aos clientes pelos comercializadores ou participantes no mercado envolvidos na agregação, decorrentes da rescisão de um contrato de fornecimento ou de prestação de serviços de eletricidade e, por outro, o n.º 17 deste artigo dispõe que a «comissão relacionada com a mudança de comercializador» é uma penalização ou encargo decorrente da mudança de comercializador ou de participantes no mercado envolvidos na agregação, *incluindo as comissões de rescisão de contrato*, aplicadas direta ou indiretamente aos clientes pelos comercializadores ou pelos participantes no mercado envolvidos na agregação ou pelos operadores da rede. Por conseguinte, esta diretiva distingue a simples rescisão de um contrato de fornecimento da efetuada com vista à mudança de comercializador. Decorre destas disposições que, na vigência da referida diretiva, uma pequena empresa como a sociedade G teria direito de rescindir antecipadamente um contrato de fornecimento de eletricidade celebrado por duração determinada e a preço fixo, para mudar de comercializador, sem suportar uma comissão ligada à mudança de comercializador e, conseqüentemente, uma comissão de rescisão.

<sup>15</sup> O sublinhado é meu.

44. No entanto, por um lado, tendo em conta a data dos factos do litígio no processo principal, a Diretiva 2019/944 não é aplicável *ratione temporis* ao caso em apreço. Por outro lado, embora esta diretiva preveja regras pormenorizadas em matéria de comissões que podem ser impostas a uma pequena empresa em caso de rescisão antecipada de um contrato de fornecimento de eletricidade, tais regras não existiam, nem sequer implicitamente, no âmbito da Diretiva 2009/72, como resulta nomeadamente do n.º 41 das presentes conclusões. Por conseguinte, na minha opinião, as disposições do artigo 12.º da Diretiva 2019/944 não podem ser aplicadas por analogia ao presente processo<sup>16</sup>.

45. Por último, terceiroamente, o considerando 52 da Diretiva 2009/72 indica que os «consumidores»<sup>17</sup> deverão dispor de informações claras e compreensíveis sobre os seus direitos no setor da energia. Em meu entender, pode deduzir-se deste considerando que, no presente caso, quando um consumidor pretende o abastecimento de eletricidade, deve, antes da celebração de um contrato de fornecimento de eletricidade de duração determinada e a preço fixo, ser informado pelo comercializador de forma clara, completa e transparente da existência de uma penalização contratual, das condições da sua aplicação e do seu modo de cálculo, não devendo o montante da penalização, à luz do artigo 3.º, n.º 7, da Diretiva 2009/72, privá-lo do seu direito de mudar de facto e facilmente de comercializador. No caso em apreço, a meu ver, decorre da decisão de reenvio que a penalização contratual foi expressamente fixada no contrato em causa, de forma detalhada, o que permitia à sociedade G conhecer precisamente o seu modo de cálculo e o facto de o seu montante corresponder ao preço da eletricidade não consumida até ao termo inicial do contrato<sup>18</sup>.

46. Por conseguinte, o contexto em que se inscreve o artigo 3.º, n.ºs 5 e 7, da Diretiva 2009/72 confirma que, em princípio, o contrato celebrado entre um comercializador de eletricidade e uma pequena empresa pode prever que seja imposta a esta uma penalização pela rescisão antecipada, desde que tenha sido informada de forma clara, completa e transparente da existência da penalização no momento da celebração do contrato e que o montante da referida penalidade não a prive do seu direito de mudar de facto e facilmente de comercializador.

47. Em terceiro lugar, a interpretação segundo a qual o artigo 3.º, n.ºs 5 e 7, da Diretiva 2009/72 não exclui a aplicação a uma pequena empresa de uma penalização contratual em caso de rescisão antecipada de um contrato de fornecimento de eletricidade de duração determinada e a preço fixo, na hipótese de o Estado-Membro não ter alargado a essas empresas a proteção conferida aos clientes domésticos, é corroborada pelos *objetivos* prosseguidos por esta diretiva.

48. Com efeito, a Diretiva 2009/72 tem por objeto, como resulta do seu artigo 1.º, estabelecer regras comuns para a produção, transporte, distribuição e comercialização de eletricidade, bem como regras para a proteção dos consumidores, a fim de melhorar e integrar mercados da energia competitivos na União. Neste contexto, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, esta diretiva visa, essencialmente, estabelecer um mercado interno da eletricidade aberto e

<sup>16</sup> Saliento que disposições análogas ao artigo 3.º, n.ºs 5 e 7, da Diretiva 2009/72 estão presentes na Diretiva 2009/73/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho de 2009, que estabelece regras comuns para o mercado interno do gás natural e que revoga a Diretiva 2003/55/CE (JO 2009, L 211, p. 94), que ainda está em vigor. V. artigo 3.º, n.ºs 3 e 6, da Diretiva 2009/73.

<sup>17</sup> Recordo que, na falta de uma definição única no direito primário, cada ato da União relativo aos consumidores contém uma definição de «consumidor» que só é válida para o ato em questão [v., neste sentido, Conclusões do advogado-geral G. Pitruzzella no processo YYY. (Conceito de consumidor) (C-570/21, EU:C:2022:1002, n.º 32)]. No âmbito da Diretiva 2009/72, o conceito de «consumidor» não está definido e afigura-se ter um sentido amplo, nomeadamente à luz do seu considerando 1, que enuncia que o mercado interno da eletricidade visa proporcionar uma possibilidade real de escolha a «todos os consumidores da União Europeia, sejam eles cidadãos ou empresas».

<sup>18</sup> V. nota 9 das presentes conclusões.

competitivo, que permita aos consumidores escolher livremente os seus fornecedores e a estes últimos fornecerem livremente os seus clientes, criar condições de concorrência equitativas nesse mercado, garantir a segurança do fornecimento e combater as alterações climáticas<sup>19</sup>.

49. Por conseguinte, o objetivo principal da Diretiva 2009/72 consiste em chegar à plena realização do mercado interno da eletricidade<sup>20</sup>, o que implica, nomeadamente, o desenvolvimento dos comercializadores de eletricidade para, *in fine*, assegurar melhores condições de fornecimento aos consumidores. Neste sentido, o considerando 57 da Diretiva 2009/72 enuncia que os Estados-Membros devem permitir aos consumidores o pleno benefício decorrente do mercado interno da eletricidade liberalizado.

50. A este respeito, importa salientar que os contratos de fornecimento de eletricidade de duração determinada e a preço fixo podem assegurar a proteção dos clientes ao garantir-lhes um preço baixo e estável da eletricidade. Neste sentido, nas suas observações escritas, a Comissão remete para um parecer do Conselho dos Reguladores Europeus da Energia (CEER), de 17 de maio de 2016, sobre as comissões de rescisão antecipada<sup>21</sup>, segundo o qual esses contratos oferecem aos consumidores a certeza dos custos da energia que não variam<sup>22</sup>. No entanto, em contrapartida da celebração de tal contrato, o comercializador de eletricidade incorre em diversas despesas para adquirir a quantidade total de energia que deveria ser necessária para cobrir as necessidades do cliente desde o início, o que, como salienta o CEER, implica custos adicionais, designadamente para que esse comercializador se possa precaver contra a volatilidade dos custos no mercado grossista<sup>23</sup>. Por conseguinte, se um cliente que celebrou um contrato de duração determinada e a preço fixo puser termo ao contrato de forma antecipada, a comissão de rescisão antecipada pode permitir ao comercializador compensar os custos decorrentes do contrato. Se assim não fosse, esse comercializador poderia ser obrigado a repercutir sobre todos os seus clientes o risco de suportar tais custos e daí poderia resultar, em última análise, um aumento dos preços da eletricidade e uma redução da oferta para os clientes<sup>24</sup>.

51. Por conseguinte, na minha opinião, no âmbito da Diretiva 2009/72, as particularidades dos contratos de fornecimento de eletricidade celebrados por duração determinada e a preço fixo implicam que as comissões em caso de rescisão antecipada possam afigurar-se justificadas para, afinal, assegurar a proteção de todos os consumidores permitindo-lhes obter preços mais baixos da eletricidade.

52. Por conseguinte, considero que a principal dificuldade suscitada pelo presente processo reside no montante da penalização contratual, que deve simultaneamente permitir ao cliente mudar de facto e facilmente de comercializador e proporcionar ao comercializador anterior uma compensação adequada para cobrir os custos suportados para assegurar a execução do contrato, sob pena de prejudicar o efeito útil da Diretiva 2009/72.

<sup>19</sup> V. Acórdãos de 12 de dezembro de 2019, Slovenské elektrárne (C-376/18, EU:C:2019:1068, n.º 32), e de 11 de junho de 2020, Prezident Slovenskej republiky (C-378/19, EU:C:2020:462, n.º 22).

<sup>20</sup> Acórdão de 28 de novembro de 2018, Solvay Chimica Italia e o. (C-262/17, C-263/17 e C-273/17, EU:C:2018:961, n.º 36 e jurisprudência referida).

<sup>21</sup> Este documento pode ser consultado (em língua inglesa) no seguinte endereço: <https://www.ceer.eu/documents/104400/-/-/792d2636-53db-f60c-a7b7-7a676f3a28d0>.

<sup>22</sup> V. p. 2 do parecer do CEER.

<sup>23</sup> V. p. 2 do parecer do CEER.

<sup>24</sup> V. p. 2 do parecer do CEER.

53. A este respeito, o órgão jurisdicional de reenvio menciona o artigo 12.º, n.º 3, da Diretiva 2019/944 que, no que respeita às comissões de rescisão de um contrato de fornecimento de eletricidade celebrado por duração determinada e a preço fixo, enuncia que essas comissões «não podem exceder as perdas económicas diretas para o comercializador». Segundo esse órgão jurisdicional, esta disposição fornece indicações quanto à interpretação a dar ao artigo 3.º, n.ºs 5 e 7, da Diretiva 2009/72. No entanto, primeiramente, como foi salientado no n.º 44 das presentes conclusões, a Diretiva 2019/944 não é aplicável *ratione temporis* ao litígio no processo principal. Segundamente, esta disposição diz apenas respeito às comissões de rescisão de um contrato celebrado por duração determinada e a preço fixo, e não às comissões relacionadas com a mudança de comercializador. Terceiramente, no que respeita às pequenas empresas, a Diretiva 2019/944 seguiu uma abordagem diferente da adotada no âmbito da Diretiva 2009/72, ao indicar expressamente, no seu artigo 12.º, n.º 2, que os Estados-Membros devem garantir que não lhes são cobradas comissões relacionadas com a mudança de comercializador. Portanto, sou de opinião que a Diretiva 2019/944 não pode servir de referência para um litígio como o que está em causa no processo principal.

54. Quanto à Diretiva 2009/72, há que observar que esta não contém nenhuma indicação quanto ao montante das comissões que poderia pagar uma pequena empresa quando procede à rescisão antecipada, com vista à mudança de comercializador, de um contrato de fornecimento de eletricidade de duração determinada e a preço fixo, nem ao modo de cálculo dessas comissões. Esta diretiva deixa, assim, aos Estados-Membros uma margem de apreciação no que respeita à regulamentação relativa ao enquadramento dessas comissões de rescisão.

55. Por conseguinte, em resposta à questão do órgão jurisdicional de reenvio, considero que uma legislação nacional que, em caso de rescisão antecipada de um contrato de duração determinada e a preço fixo por uma pequena empresa, prevê que é devida uma penalização contratual independentemente da importância do prejuízo sofrido pelo comercializador anterior, e que não estabelece critérios para o cálculo ou a redução da referida penalização e permite que o montante da penalização corresponda ao preço da eletricidade não consumida até ao termo inicial do contrato, não é, por este único motivo, incompatível com a Diretiva 2009/72.

56. No entanto, a margem de apreciação deixada aos Estados-Membros não pode ter por efeito esvaziar da sua substância o direito de poder de facto mudar facilmente de comercializador, tal como decorre do artigo 3.º, n.ºs 5 e 7, dessa diretiva. A este respeito, o órgão jurisdicional de reenvio refere-se à hipótese de uma penalização cujo montante corresponde ao preço da eletricidade não consumida até ao termo do contrato, em aplicação de uma cláusula do tipo «*take or pay*», «pegar ou pagar»<sup>25</sup>. Ao abrigo desta cláusula, o comprador tem, nesse caso, a obrigação de pagar a totalidade ou parte da eletricidade que se comprometeu a comprar, quer a utilize ou não<sup>26</sup>. Uma cláusula do tipo «*take or pay*» implica, à primeira vista, que o consumidor suporte na íntegra os riscos do contrato de fornecimento celebrado e exerce uma forte dissuasão

<sup>25</sup> Tradução livre.

<sup>26</sup> A cláusula «*take or pay*», frequentemente utilizada nos contratos de fornecimento, nomeadamente, no setor da energia, tem três características principais, a saber, primeiramente, um carácter indemnizatório na medida em que visa conceder uma indemnização ao seu beneficiário devido ao incumprimento pelo cocontratante das suas obrigações e permite evitar a questão, por vezes complexa, da prova do dano e da sua dimensão; segundamente, um carácter antecipado, uma vez que as partes fixam *ex ante*, no momento da celebração do contrato, as penalizações que serão devidas ao credor quando o cliente devedor não cumpra as suas obrigações, e, terceiramente, um carácter fixo que se materializa num montante fixo ou numa determinada percentagem, estipulada de forma suficientemente elevada para incitar ao cumprimento diligente, do valor total dos bens ou do preço de venda. V., em especial, Kohl, B., e o., «Les clauses *take or pay*: des clauses originales et méconnues», *Journal des tribunaux*, 2009, n.º 6354, pp. 349 a 358, em particular pp. 354 a 356.

no que respeita à rescisão do contrato, para evitar pagar o dobro dos custos de eletricidade em caso de rescisão antecipada. Daqui pode deduzir-se que esta cláusula não é compatível com a Diretiva 2009/72.

57. No entanto, considero que, em certas circunstâncias concretas, não se pode excluir que, nos termos da legislação nacional, quando um comercializador tenha incorrido em diversos custos para assegurar o cumprimento do contrato de duração determinada e a preço fixo até ao seu termo, designadamente a compra de eletricidade para cobrir as necessidades do cliente desde o início, as despesas suportadas por esse comercializador devido à rescisão antecipada do contrato possam efetivamente corresponder ao montante que o cliente teria pago até ao termo do contrato se tivesse prosseguido normalmente o seu cumprimento.

58. No caso vertente, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar se a penalização contratual não viola o direito da sociedade G de poder de facto mudar facilmente de comercializador, tendo em conta todas as circunstâncias concretas do litígio, designadamente a proporcionalidade do montante da penalização contratual, que não deve exceder a cobertura dos custos incorridos pelo comercializador anterior devido à rescisão antecipada do contrato, a fim de evitar um enriquecimento sem causa desse fornecedor<sup>27</sup>.

59. À luz do que precede, proponho que se responda às questões prejudiciais que o artigo 3.º, n.ºs 5 e 7, da Diretiva 2009/72 deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma legislação nacional por força da qual uma pequena empresa pode ser obrigada a pagar uma penalização contratual ao rescindir de forma antecipada um contrato de fornecimento de eletricidade celebrado por duração determinada e a preço fixo, com vista à mudança de comercializador, quando essa legislação prevê que a penalização contratual é devida independentemente da importância do prejuízo sofrido pelo comercializador anterior e apesar de a referida legislação não estabelecer critérios para o cálculo ou a redução da penalização e permitir que o montante da mesma penalização corresponda ao preço da eletricidade não consumida até ao termo inicial do contrato, desde que a referida empresa tenha sido informada pelo comercializador de forma clara, completa e transparente da existência da penalização contratual, das condições da sua aplicação e do seu modo de cálculo e que o montante dessa penalização não a prive do seu direito de poder de facto mudar facilmente de comercializador. A este respeito, cabe ao órgão jurisdicional nacional ter em conta todas as circunstâncias concretas do litígio, designadamente a proporcionalidade do montante da penalização contratual, que não deve exceder a cobertura dos custos incorridos pelo comercializador anterior devido à rescisão antecipada do contrato.

## V. Conclusão

60. À luz das considerações precedentes, proponho que o Tribunal de Justiça responda às questões prejudiciais submetidas pelo Sąd Okręgowy W Warszawie (Tribunal Regional de Varsóvia, Polónia) do seguinte modo:

O artigo 3.º, n.ºs 5 e 7, da Diretiva 2009/72/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho de 2009, que estabelece regras comuns para o mercado interno da eletricidade e que revoga a Diretiva 2003/54/CE,

<sup>27</sup> A este respeito, importa recordar que os tribunais nacionais têm legitimidade para zelar por que a proteção dos direitos garantidos pela ordem jurídica da União Europeia não se traduza num enriquecimento sem causa desses titulares de direitos [v. Acórdão de 30 de março de 2023, AR e o. (Ação direta contra a seguradora), C-618/21, EU:C:2023:278, n.º 41 e jurisprudência referida].

deve ser interpretado no sentido de que:

não se opõe a uma legislação nacional por força da qual uma pequena empresa pode ser obrigada a pagar uma penalização contratual ao rescindir de forma antecipada um contrato de fornecimento de eletricidade celebrado por duração determinada e a preço fixo, com vista à mudança de comercializador, quando essa legislação prevê que a penalização contratual é devida independentemente da importância do prejuízo sofrido pelo comercializador anterior e apesar de a referida legislação não estabelecer critérios para o cálculo ou a redução da penalização e permitir que o montante da mesma penalização corresponda ao preço da eletricidade não consumida até ao termo inicial do contrato, desde que a referida empresa tenha sido informada pelo comercializador de forma clara, completa e transparente da existência da penalização contratual, das condições da sua aplicação e do seu modo de cálculo e que o montante dessa penalização não a prive do seu direito de poder de facto mudar facilmente de comercializador. A este respeito, cabe ao órgão jurisdicional nacional ter em conta todas as circunstâncias concretas do litígio, designadamente a proporcionalidade do montante da penalização contratual, que não deve exceder a cobertura dos custos incorridos pelo comercializador anterior devido à rescisão antecipada do contrato.